

A UNIÃO EUROPÉIA E A “EUROPEIZAÇÃO” DO DIREITO CONSTITUCIONAL DOS ESTADOS MEMBROS

Professor Doutor Sérvulo Correia

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

1. No título deste despretensioso trabalho, o termo “europeização” surge rodeado de aspas. Os actuais Estados-Membros da União Europeia são europeus por força da geografia e da História. As culturas dos seus povos são pois manifestações de cultura europeia. E esta asserção aplica-se naturalmente aos Direitos nacionais, que são formas de cultura situadas no espaço e no tempo. Falar de “europeização” de Direitos Constitucionais que já são europeus seria pois um contrasenso se o termo não aparecesse aqui com uma conotação institucional. Trata-se com efeito de analisar o fenómeno da relativa homogeneização da essência substantiva dos Direitos Constitucionais tendo em atenção que este se processa em conexão com a existência e a actuação da União Europeia, uma entidade supranacional. Com a brevidade que a circunstância impõe, cabe delimitar as áreas da estrutura constitucional sobre as quais tal aproximação tem sobretudo incidido, as razões de ser e os rumos deste processo evolutivo e o provável sentido da sua progressão no futuro.

2. Para atalhar caminho, desde já observo que a área constitucional a que irei dedicar as minhas considerações é a área material ou substantiva, constituída pelos direitos fundamentais e por princípios valorativos com eles conexos. É certo que esse não é o único sector das constituições dos Estados-Membros relevante para efeito da participação na União Europeia. Nesses outros domínios, avultam as passagens em que as leis fundamentais estatuem sobre requisitos e momentos declaradamente respeitantes à vivência do Estado e dos seus cidadãos no seio da União. São sobretudo aqueles

preceitos em que se estrutura o modo de interpenetração do Direito da União e do direito Estadual e em que se densificam os direitos políticos próprios da cidadania da União. Forçosamente que, sobre tópicos como estes, os Direitos Constitucionais dos Estados-Membros albergam preceitos semelhantes, quer eles figurem na Constituição em sentido formal, quer em outros textos de eficácia normativa superior à da lei comum.

Mas aquilo de que pretendo ocupar-me não são esses preceitos constitucionais sobre o sistema de fontes de direito ou sobre a capacidade eleitoral. Em função das limitações de tempo, parece-me mais interessante convocar apenas a vossa atenção sobre a progressiva formação no espaço da União Europeia daquilo que me atreverei a chamar de "rede de sistemas de direitos e princípios fundamentais". A aproximação dos conteúdos destas áreas nos vários Direitos nacionais não teve, até agora, como causa dominante o funcionamento das Comunidades Europeias e, mais recentemente, da União Europeia. Dir-se-á que se trata de um fenómeno em boa medida espontâneo, que sempre teria ocorrido ainda que na ausência do quadro institucional proporcionado pela União, até porque ele também ocorre em outros Estados alheios a esse enquadramento. A verdade, porém, é que, neste momento, se encontra desencadeado no espaço comunitário um processo interactivo em termos que se me afiguram irreversíveis. Assim acontece porquanto - conforme pouco a pouco foi intuindo a jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu e hoje proclama o Tratado da União Europeia - das tradições constitucionais comuns aos Estados Membros se desprendem princípios gerais de direito comunitário. Da visão conjugada dos Direitos constitucionais dos Estados-Membros resulta pois um corpo de princípios com valor material constitucional - muitos deles portadores de direitos fundamentais - a que a União Europeia reconheceu encontrar-se também ela vinculada.

Convém a este propósito lembrar que, nos termos do artigo 6º, nº1, do Tratado da União Europeia, esta "assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros". Por seu turno, o nº2 do mesmo artigo proclama que a União respeitará os direitos fundamentais tal como, designadamente, resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.

Não se pode, porém, mais pensar hoje em dia que nos encontramos em face de um processo de sentido único, em que os Direitos Constitucionais nacionais figuram apenas como emissores de impulsos axiológicos e o Direito Comunitário como simples receptor. A verdade é que, primeiramente de novo graças à jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo, depois, através da entrada em vigor dos artigos 6º e, sobretudo, 7º do Tratado da União Europeia e, mais recentemente, com a aprovação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, se gerou um sistema interactivo. A pouco e pouco, a União Europeia passa a influir também nos níveis nacionais de protecção fundamental da pessoa.

3. Como disse já, a aproximação dos Direitos Constitucionais dos Estados Membros da União Europeia - sobretudo no que toca a princípios substantivos e aos direitos fundamentais - não é apenas nem, pelo menos por agora, principalmente uma consequência da respectiva participação nesta organização supranacional. Esse fenómeno tem tido duas fontes primárias, ambas de perfil acentuadamente jurisprudencial: referimo-nos, por um lado, à jurisprudência sobre direitos fundamentais dos tribunais dos Estados-Membros e pelo outro à do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, um tribunal sito em Estrasburgo, instituído por convenção internacional no seio de uma organização regional - o Conselho da Europa - que tem existência separada e composição distinta da da União Europeia.

Subjacente a estas amplas construções jurisprudenciais e ao sentido convergente que as tem animado merece ser assinalado o fenómeno de um consenso social transfronteiriço sobre valores comuns que os órgãos de produção jurídica e a doutrina transformam em formulações normativas ou dogmáticas.

4. Neste princípio do Século XXI, não pode falar-se em *Direito Constitucional Europeu* no sentido de um Direito da estrutura, dos fins e das funções de um Estado soberano que tivesse por território a Europa ocidental e central: esse Estado não existe. A União Europeia não tem natureza estadual, estando longe de findo o debate entre os que desejariam vê-la evoluir para um modelo *a se*, mas com semelhanças com o do Estado federal, e os que a essa ideia se opõem tenazmente. O futuro ditará o resultado, porventura não em termos de uma súbita decisão constituinte mas nos de uma paulatina evolução imposta pela força das coisas. Mas é já patente a

existência, na Europa da União Europeia de um *Direito Constitucional Comum* assente em princípios jurídicos transnacionais correspondentes a linhas amplamente maioritárias das opiniões públicas e das doutrinas juspublicistas.

Trata-se, no plano axiológico, de *standards* europeus. O consenso reinante a propósito destes explica que tenham vindo a servir como fins em relação aos quais se verificam desenvolvimentos jurídicos paralelos aquém e além fronteiras. Os laços que articulam essa dinâmica explicam-se em primeiro lugar pelo facto de ela ter como ponto de partida uma cultura jurídica comum centrada no valor do Estado de Direito.

5. Como se referiu já, as judicaturas nacionais - em particular as dos tribunais constitucionais - e a do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, têm exercido uma acção determinante na densificação de princípios estruturantes, como o do Estado de Direito, o princípio democrático, o princípio do Estado Social, os princípios da igualdade, tutela da confiança, proporcionalidade e, em especial, do corpo de direitos fundamentais. Mas essa actuação e os seus frutos têm, por assim dizer, circulado em vasos comunicantes entre os Direitos nacionais graças ao contributo da doutrina juspublicista. Häberle escreve a esse propósito sobre uma "europeização das jurisdições constitucionais nacionais" no âmbito de um caldo de cultura que se poderá denominar *ius publicum aeropaeum*. O Direito comparado transformou-se efectivamente em "quinto-elemento de interpretação" das normas constitucionais, a par dos clássicos elementos literal, sistemático, histórico e teleológico a que Savigny deu assento dogmático.

Foi a doutrina a guiar o Tribunal de Justiça Europeu para, através de uma série de decisões proferidas nos anos setenta, se pronunciar no sentido da recepção pelo Direito Comunitário, sob a natureza de princípios gerais de direito, das "tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros" (acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, de 1970). Essas "tradições constitucionais comuns" são afinal os sistemas de valores e princípios estruturantes das constituições dos Estados Membros tal como as doutrinas nacionais os trabalharam em termos de notável convergência.

Os autores que se debruçaram sobre o papel do contributo doutrinário nesta evolução sublinham a "homogeneidade principiológica das estruturas constitucionais" que permitem falar de um "Direito Constitucional Europeu Comum", e também a "homogeneidade das escolhas valorativas" que

constitui "patrimônio comum dos povos europeus" e denota a existência de "um pensamento constitucional comum na Europa". Häberle sintetiza nos seguintes parâmetros a essência dessa comunidade de valores e princípios detectada a partir do duplo labor das doutrinas nacionais e da doutrina comparatista: dignidade da pessoa, democracia pluralista, direitos e liberdades fundamentais, Estado de direito (incluindo a juridicidade e a proporcionalidade), justiça social, autonomia local, regionalismo ou federalismo, subsidiariedade, tolerância e proteção das minorias (Cfr. *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 30.08.1991, p. 261, 266).

6. Antes de tornar à experiência europeia - que é aquela sobre a qual desejavam os ilustres organizadores desta Conferência que me pronunciasse - não quero deixar de sublinhar que nem o fenômeno da aproximação dos planos valorativos das constituições se circunscreve ao espaço da União Europeia nem a sociedade aberta de intérpretes da Constituição ali assenta exclusivamente seus arraiais.

Antes de deixar o espaço europeu para atravessar o Atlântico, cumpre lembrar esse outro fenômeno - prenunciador do alargamento da União Europeia - que é o regresso de países da Europa Oriental e da Europa báltica ao *ius publicum europeum* através da sua reconversão em Estados constitucionais e da adesão à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

É, porém, óbvio que o fenômeno se não circunscreve apenas ao Velho Continente. A Europa do Estado de Direito (e, infelizmente, ainda nem toda assim pode ser qualificada) é apenas um dos pilares de um arco ou círculo constitucional euro-atlântico de que o Brasil constitui parte eminente. O emprego do Direito comparado na concretização da tarefa interpretativa das Constituições estende-se naturalmente às Ordens jurídicas que participam na mesma herança cultural euroatlântica de concepção do Estado constitucional. Algumas doutrinas da Europa continental de sistema romano-germânico, a começar pela alemã, despertaram desde há alguns anos para as virtualidades de utilização dos dados doutrinários e jurisprudenciais do constitucionalismo norte-americano. Sem querer disputar a bondade de tal inflexão metodológica, sublinharei pelo meu lado que, mais ainda do que os elos sentimentais, as afinidades dos sistemas jurídicos ditam para a Europa não - anglo-saxônica a atribuição de prioridade à recolha de contributos de doutrinas e jurisprudências como a brasileira.

No Brasil, não são com efeito difíceis de encontrar as consonâncias com o pensamento e as vivências constitucionais na área da União Europeia.

Assim, quando, por exemplo, Paulo Bonavides teoriza sobre a incorporação dos princípios na ordem jurídica constitucional, onde logram valoração normativa suprema e se convertem em sede de legitimidade, ele deixa registado o paralelismo entre o pensamento constitucionalista brasileiro e a orientação filosófica e científica dos constitucionalistas europeus, hoje quase sempre ligados à teoria material da Constituição.

É, por seu turno, Manuel Gonçalves Ferreira Filho quem sublinha a proximidade de conteúdo entre todas as declarações de direitos na democracia de opção liberal, salientando ao mesmo tempo o carácter abrangente e extenso da Declaração contida na Constituição brasileira de 1988.

Também é certo que certos autores brasileiros objectam, chamando a atenção para o carácter dualista da sociedade no seu país, o qual atenuaria a eficácia da Constituição visto que esta se apoiaria num consenso menos consistente e que não seria tão generalizada a identificação da opinião com os direitos fundamentais proclamados. Reporto-me ao interessante livro de Marcelo Neves, editado em Berlim, em 1992, sob o título *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*. Parece-me no entanto que, num país como o Brasil, o mais relevante é que o Estado constitucional se encontra estruturado e que os tribunais aplicam a Constituição. Ainda que noutra medida, aliás diferente consoante distintos níveis de desenvolvimento económico e social dos Estados-Membros, também na Europa dos Quinze existem margens de exclusão social em cujo âmbito as listas constitucionais de direitos fundamentais tendem a perder em normativismo aquilo que ganham em puro nominalismo. Em qualquer dos casos, o essencial é a existência de políticas que, tomando os direitos fundamentais como elementos estruturantes da ordem jurídica, os não confinem a uma função de defesa contra actos de autoridade lesivos dos aspectos essenciais da esfera jurídica individual. Por outras palavras, importa que, metódica e persistentemente, os direitos fundamentais sejam assumidos como fins a concretizar através das leis e das políticas administrativas.

Em suma, quanto a este ponto, a ideia a reter é, segundo creio, a de que um país com um sistema normativo e uma praxis jurídica como os do Brasil integra necessariamente a comunidade dos Estados constitucionais no âmbito da qual as trocas de informação e de análise jusconstitucional materializam um pensamento jurídico amplamente comum.

7. Retornemos no entanto agora ao quadro da União Europeia. Daqui até ao fim da presente intervenção, o nosso propósito será o de aprofundar a análise da medida em que a União carece, para lograr uma interpenetração sem sobressaltos entre o seu Direito supranacional e os Direitos dos Estados-Membros, de uma certa homogeneização dos Direitos Constitucionais materiais destes últimos. Note-se que, quando nos reportamos ao Direito Constitucional material, temos também presentes princípios nucleares, como os princípios do Estado de direito, o princípio democrático e o princípio do Estado social, mas que os desenvolvimentos institucionais analisados têm tido sobretudo como objecto imediato os direitos fundamentais. Veremos em seguida que a homogeneização verificada na área dos direitos fundamentais das ordens jurídicas nacionais conduziu dialeticamente ao começo de uma actividade de formulação normativa pela União Europeia. E observaremos por fim como essa normação vem levantar novos problemas de articulação entre o Direito supranacional e os direitos nacionais.

8. A natureza e os objectivos da União Europeia pressupõem que as ordens jurídicas dos seus Estados-Membros, mesmo ao nível hierárquico mais elevado, ou seja, o das respectivas constituições, não levantem impedimentos à aplicação uniforme do Direito Comunitário. Sem essa complacência dos Direitos nacionais em face do Direito da União - originário e derivado - não seria possível a concretização de tarefas como a de um mercado interno caracterizado pela abolição dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais. Mas enquanto é indubitável que os Estados-Membros aceitaram a subordinação da eficácia das suas leis ao Direito Comunitário, não é líquido que hajam reconhecido o valor supraconstitucional desse Direito. Na doutrina constitucionalista portuguesa, por exemplo, é francamente minoritário o sector que defende a supremacia do Direito comunitário sobre a Constituição. Daqui resulta que, nos sistemas nacionais em que os tribunais podem recusar a aplicação de normas inconstitucionais - como é, por exemplo, o caso dos ordenamentos jurídicos alemão, italiano, espanhol ou português - não se encontra excluída à partida a declaração jurisdicional de inconstitucionalidade, a título incidental, de normas do Direito Comunitário em vias de serem aplicadas por autoridades nacionais. No entanto, se, do ponto de vista nacional, este tipo de fiscalização de constitucionalidade representa um factor de coerência do sistema jurídico, a verdade é que ele também constitui um grave perigo para

a uniformidade de aplicação do Direito comunitário no espaço da União Europeia. E esta uniformidade constitui um requisito infraestrutural da unidade do mercado comum.

Nos primeiros anos do seu funcionamento, o Tribunal de Justiça Europeu manifestou-se estranhamente insensível a esta problemática. Nessa fase, os valores substantivos pelos quais o Tribunal se orientou foram praticamente apenas os da liberdade de mercado e da concorrência servidos, a nível do instrumentário jurídico, pela exigência da aplicabilidade directa e do primado do Direito comunitário. O desinteresse do Tribunal de Justiça pela fiscalização dos actos do Direito derivado comunitário sob a perspectiva dos direitos fundamentais conduziu por fim a embates com alguns tribunais constitucionais que, num ou noutro caso, declararam, para efeito da sua não aplicação, a inconstitucionalidade de normas comunitárias em virtude da sua incompatibilidade com direitos figurando no catálogo nacional dos direitos fundamentais.

Assistiu-se então a um repensar do problema. Os resultados práticos da viragem jurisprudencial do Tribunal do Luxemburgo reflectem no fundo a ideia de que - como escreve o constitucionalista português Jorge Miranda, "não é preciso destruir a função da Constituição para aceitar um princípio de cooperação entre ordens jurídicas". Por outras palavras, como não dispunha de um sistema de direitos fundamentais definido no seio das instituições comunitárias nem poderia construí-lo instantaneamente pela via das suas pronúncias jurisdicionais, o Tribunal de Justiça passou a procurar na vivência dos Estados-Membros uma súmula coerente de princípios e instrumentos metodológicos na área dos direitos fundamentais. Aconteceu com efeito que, a partir da década de setenta o Tribunal de Justiça firmou através de sucessivas decisões uma nova jurisprudência pela qual passou a reconhecer os direitos fundamentais presentes nas constituições dos Estados-Membros como princípios gerais de direito assentes num património jurídico comum, ou seja, nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

9. Com o recurso pelo Tribunal de Justiça ao património comum dos Estados-Membros na área dos direitos fundamentais, as então Comunidades Europeias obtiveram duas vantagens: por um lado, foi introduzido no sistema jurídico comunitário um corpo de princípios e regras fundamentais merecedoras de consenso dos Estados-Membros; simultaneamente,

evitaram-se conflitos entre a jurisprudência comunitária e as jurisprudências nacionais, visto serem estas últimas em grande medida as produtoras do novo plasma injectado no corpo jurídico comunitário.

Dizemos "em grande medida" porque, para além dos grandes desenvolvimentos jurisprudenciais a nível nacional, houve dois outros factores de grande relevo para a crescente definição de um *Direito Constitucional comum europeu*: foram eles a evolução na redacção de textos constitucionais e, por outro lado, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

A base valorativa dos sistemas constitucionais nacionais ganhou uma outra expressão com a entrada em vigor das novas Constituições grega, portuguesa e espanhola, na década de setenta, da Constituição holandesa de 1983 e da Constituição belga de 1994. Seguindo o modelo que despontara com a Constituição italiana de 1947 e a Lei Fundamental alemã de 1949, estas Constituições desenvolvem em termos novos os elementos materiais do Estado de Direito. Embora em graus distintos, conferem, dentro do sistema constitucional, prioridade aos direitos fundamentais, enquadram-nos em princípios gerais, estendem-lhes o elenco, definem-lhes o conteúdo e fixam-lhes as garantias. Nalguns casos, como o português, não se trata de um só momento inovatório fixado no tempo mas de sucessivos aprofundamentos através de leis de revisão constitucional.

Um terceiro factor que - a par dos textos constitucionais da segunda metade do Século XX e da sua construção jurisprudencial - se veio conjugar na formação do acervo constitucional comum dos povos que hoje integram a União Europeia foi a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Trata-se de uma Convenção internacional, hoje acrescentada por um número considerável de protocolos, aprovada em 1950 no quadro do Conselho da Europa, uma organização internacional sediada em Estrasburgo e separada e distinta da União Europeia. Nos termos desta Convenção, foi instituído o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que julga queixas, designadamente formuladas por cidadãos dos Estados que nela são parte, contra a violação de direitos fundamentais consignados na Convenção. Hoje em dia este tratado internacional vale sobretudo nos termos em que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem o aprofundou e enriqueceu.

Em suma pois, o Tribunal de Justiça da União Europeia, muitas vezes referido como Tribunal do Luxemburgo, - que não deverá ser confundido

com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, situado em Estrasburgo e institucionalmente inserido no Conselho da Europa - passou a socorrer-se de um património axiológico e dogmático de dupla fonte nacional e internacional para distilar a partir dele princípios gerais de direito comunitário em matéria de direitos e princípios fundamentais: de um lado os Direitos nacionais dos Estados-Membros, tal como configurados pelos respectivos poderes constituintes e judiciários, de outro lado, o Direito Internacional Europeu dos Direitos do Homem. Este último, centrado na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, abarca por igual os Estados-Membros da União Europeia visto que todos são partes na Convenção Europeia dos Direitos do Homem a par de outros Estados que são Membros do Conselho da Europa mas por enquanto não integram a União Europeia.

Pode entender-se pois que esta primeira fase da caminhada da União Europeia (então simplesmente as Comunidades Europeias) no sentido da inclusão dos direitos fundamentais no seu ordenamento jurídico culminou com a cristalização de uma linha jurisprudencial do Tribunal de Justiça. O Tribunal passou a operar uma recepção material do património comum europeu dos direitos fundamentais tal como existente à época, ou seja, nos anos setenta e oitenta do século passado.

Em síntese, foram recebidas e incorporadas na ordem jurídica comunitária, como princípios gerais de direito, as normas constitucionais nacionais tal como aplicadas pelas respectivas jurisdições e teorizadas pelas respectivas doutrinas, consolidadas em tradições constitucionais comuns. Estas tradições têm também como um dos seus elementos originários as convenções internacionais sobre a matéria vinculativas para os Estados-Membros, em particular a Convenção Europeia dos Direitos do Homem tal como construída pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

10. Esta orientação jurisprudencial do Tribunal de Justiça Europeu ganhou depois forma de regra escrita, como tantas vezes sucede também nos Direitos nacionais. Com efeito, o Tratado da União Europeia - aprovado em 1992, em Maastricht, e reformulado em 1997, em Amsterdão - vincula hoje expressamente a União a respeitar enquanto princípios gerais do direito comunitário os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

Dera-se, pois, um salto qualitativo importante relativamente à fase inicial de *agnosticismo valorativo* do Tribunal do Luxemburgo.

Mas em breve se começou, não obstante isso, a questionar se esta era uma resposta adequada e suficiente às necessidades de enquadramento da ordem jurídica comunitária por um sistema de direitos fundamentais. O principal argumento invocado a favor de um novo passo em frente foi o de não ser aceitável que se atribua aos direitos fundamentais reconhecidos na ordem jurídica comunitária o simples papel de limite ao exercício de poderes meramente guiados pela finalidade do funcionamento de um mercado interno sem peias nem discriminações. Pelo contrário - sustentou-se - a União Europeia só gozará de legitimidade plena quando assumir os direitos fundamentais como figuras centrais da sua ordem jurídica. Para além do mercado interno e das respectivas técnicas jurídicas instrumentais, a União Europeia deveria portanto assumir os direitos fundamentais como uma *raison d'être* primária, visível e incontestável sobretudo a partir do momento em que se passa a reconhecer uma cidadania da União e em que esta assume também componentes de política externa e de segurança comum, cooperação policial e cooperação judiciária em matéria penal.

Tendo sido posta de lado - pelo menos por agora - a hipótese da adesão da União Europeia, como sujeito de direito internacional, à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o Conselho de Ministros acabou por determinar a elaboração de uma *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*.

A aprovação deste texto pelo Conselho Europeu, reunido em Nice, em Dezembro de 2000 anuncia a passagem a um novo estágio das relações entre o Direito Comunitário e os Direitos Constitucionais dos Estados Membros.

11. O modo de aprovação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a natureza que formalmente lhe é atribuída atestam as dificuldades que acompanham um passo que muitos consideram ir no sentido da constitucionalização da União Europeia.

Na sua síntese mais pura, a Constituição do Estado de Direito é uma equação entre as derivadas de três valores nucleares: direitos fundamentais, democracia e separação de poderes. A união estrutura-se já sobre uma fórmula de separação de poderes, mais complexa do que a dos próprios Estados federais na medida em que tem de acomodar soberanias nacionais que

se partilham mas não alienam. O princípio democrático tem igualmente a sua condensação orgânica, embora haja novos caminhos por trilhar no sentido do alargamento dos poderes do Parlamento Europeu e no da institucionalização da participação dos parlamentos nacionais. O pilar dos direitos fundamentais ganha agora base autónoma. Uma autonomia que se assume um tanto a medo, visto ser o próprio preâmbulo da Carta que cautelosamente a considera como mera *reafirmação* das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e reconhece a contribuição da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para a definição do seu conteúdo.

Existe pois a preocupação de sublinhar um sentido de continuidade e o decidido enraizamento da Carta no humus de uma cultura constitucional comum. Ainda assim, temos agora um texto novo que, depois de devidamente afinado pela experiência aplicativa, figurará, mais tarde ou mais cedo, no Tratado da União. Nesse dia, o Tratado ter-se-á aproximado decisivamente do modelo constitucional.

Tudo isto explica que, num momento em que mal se inicia um debate assumido pelos governos sobre o futuro da União Europeia, não se tenha querido organizar a formulação de um poder constituinte de uma entidade que, por agora, não tem existência jurídica e que alguns desejariam que nunca a viesse a ter: *o povo da União Europeia*. E também não se convocaram os povos dos Estados-Membros a exercer conjuntamente esse poder. Mas, ao mesmo tempo, quis-se dar à Carta uma origem não puramente institucional, convocando para a sua elaboração uma *convenção* em que se misturaram as legitimidades dos parlamentos nacionais, do parlamento europeu e dos governos dos Estados-Membros.

Por outro lado, os preceitos da Carta não têm de momento valor formal injuntivo. No plano da forma, ela é, como soe dizer-se, *soft law*. A nenhum observador avisado poderão no entanto restar dúvidas de que ela irá ser aplicada pelo Tribunal de Justiça e pelos tribunais nacionais em sede de fiscalização de actos de aplicação do Direito comunitário pelos órgãos nacionais. Se a Carta ainda não se impõe por si própria, ela será invocada como prova material dos princípios gerais de direito comunitário que brotam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

A Carta vai formular portanto desde já os *standards* mínimos de protecção dos direitos fundamentais dos Estados-Membros, prevalecendo sobre os Direitos destes quando, ocasional e pontualmente, oferecerem níveis

inferiores de protecção de certo direito fundamental. Nessas situações excepcionais, será também difícil que os efeitos de tais normas não extravasem do âmbito das relações regidas pelo Direito comunitário para as de mero direito interno. É um efeito que os ingleses já detectaram e a que chamam de *spill-over* no tocante a garantias processuais que o Direito comunitário impõe e o Direito britânico não contemplava.

O momento mais crítico poderá chegar no dia em que, ao invés de tais situações, um nível mais acentuado de protecção pelo Direito Constitucional nacional pudesse ser considerado dispensável pelo Tribunal de Justiça Europeu em face de um regime comunitário menos favorável mas expressivo da média dos níveis nacionais. Seria uma situação em que o princípio da subsidiariedade da protecção comunitária dos direitos fundamentais relativamente à protecção nacional entraria em conflito com princípios como o da não discriminação e da igualdade de aplicação das normas comunitárias.

No dia em que isso vier a suceder - não ainda por certo amanhã - teremos, no plano dos direitos fundamentais - mais uma vez em aberto a questão de saber se a União Europeia evolui no sentido do modelo clássico do Estado federal ou se a soberania dos Estados nações que a compõem irá ser preservada pelo menos por mais uma ou duas gerações.